



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

MATUSALÉM TOMAZ

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: prorrogações indefinidas

**Brasília
2014**

MATUSALÉM TOMAZ

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: prorrogações indefinidas

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. João Carlos Medeiros de Aragão.

**Brasília
2014**

RESUMO

A interceptação telefônica tem sido aplicada como prova em várias situações para solucionar os mais diversos crimes. Algumas interceptações, consideradas abusivas, chegam até à Suprema Corte do nosso país. O objetivo geral deste trabalho é mostrar aos leitores que existem divergências sobre o tema no âmbito das Leis bem como nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. A ideia central é mostrar que na Constituição Federal e na Lei Especial de interceptação telefônica existem diferenças, e que até numa mesma Corte há decisões totalmente antagônicas sobre como é autorizada a aludida interceptação e o seu prazo indefinido de prorrogações sucessivas na Legislação e Jurisprudência pátria.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação telefônica. Ilícitude. Autorização. Prorrogação indefinida. Provas.

ABSTRACT

The phone tapping has been applied as evidence in various situations to solve many more crimes. Some interceptions, considered unfair, come to the Suprema Corte of our country. The aim of this work is to show the reader that there are differences on the subject under the Laws and in the jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice. The central idea is to show that in the Federal Constitution and the Special Law of telephone interception there are differences, and that even in the same court there are totally antagonistic decisions about how is authorized to intercept and alluded to its indefinite period of successive extensions in Legislation and Jurisprudence homeland.

KEY WORDS: Telephone interception. Illegality. Authorization. Indefinite extension. Evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS	4
1.1 Das provas no Brasil e no mundo	4
1.2 Conceito e objetivo	5
1.3 Classificação das provas	6
1.4 Prova ilícita	7
2 HISTÓRIA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO BRASIL	10
2.1 Das provas no Brasil e no mundo	10
2.2 Requisitos Constitucionais da interceptação telefônica	12
2.3 Interceptação telefônica (em sentido estrito)	20
2.3.1 Escuta telefônica	20
2.3.2 Gravação telefônica (clandestina)	21
2.3.3 Interceptação, escuta e a gravação ambiental	22
2.3.4 Interceptação como prova emprestada	23
2.4 Ordem do juiz competente para ação principal	25
2.4.1 Modificação de competência	27
2.5 Acesso dos autos de interceptação pelo advogado	27
2.6 Monitoramento por interceptação e prisão em flagrante	28
2.7 Descoberta fortuita de novos crimes e novos envolvidos	30
2.8 Medida cabível contra o indeferimento da interceptação telefônica	30
3 PRAZO PARA A PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	32
3.1 Transcrição da interceptação telefônica	37
3.2 Transcrição das interceptações	38
3.3 Crime da lei de interceptação telefônica	39
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Os meios de captação de sons e imagens (cada vez mais sofisticados) tornaram-se já há algum tempo importantes ferramentas também a serviço da Justiça Criminal. Converteram-se em imprescindíveis meios de provas, especialmente em relação às infrações cometidas por criminosos organizados, que os meios tradicionais de provas não conseguem mais desvendar.

Ocorre que o exercício do poder e o excesso ou desvio do poder caminham, indissociavelmente, lado a lado, na clássica constatação do filósofo político francês Montesquieu.

E não é diferente com a utilização das interceptações telefônicas. Os abusos nesse campo são rotineiros. Contra eles devem ser levantadas as regras do Estado de Direito.

Este trabalho aborda o tema provas no Direito Penal e tem como foco principal a interceptação telefônica, que corresponde a uma forma de quebra de sigilo com a finalidade de busca de provas mediante a qual um terceiro capta as conversas, sem que nenhum dos interlocutores saiba que está sendo interceptado (ouvido), tudo isso com uma única finalidade, a busca de informações (provas), que até então, em tese, seriam desconhecidas para a autoridade investigadora.

Trata também dos requisitos constitucionais e formas lícitas e ilícitas da captação das conversas dos interlocutores com indícios supostamente suficientes de envolvimento em um determinado crime do rol daqueles que são passíveis da interceptação, bem como dos princípios que norteiam a violação de sigilo das comunicações telefônicas.

Será acentuado que interceptação telefônica, embora o nome enseje ideia de quebra ou interrupção, não busca interromper a comunicação entre as pessoas, mas tomar o conhecimento do assunto abordado e, com isso, chegar à prova de um fato investigado. Assim aquela autoridade que está investigando por meio da interceptação telefônica pode chegar a aquele que supostamente seria o autor de um crime. Hoje, por meio da quebra de sigilo, tem-se chegado à solução de vários crimes, como tráfico de drogas, sequestro, entre outros que ensejam uma investigação temporária e minuciosa.

Ao final, será discutido um dos tópicos mais importantes deste trabalho onde o ponto polêmico e que colocou um outro fato de extrema importância e que envolve o ordenamento jurídico Constitucional no campo do Estado de defesa.

A Constituição Federal, no estado de defesa só permite restrições ao sigilo das comunicações telefônicas pelo prazo máximo de 60 dias, (art. 136, § 1º, “c” e § 2º, ambos da Constituição Federal de 1988). A Lei n. 9.296/1996, em seu art. 5º estabelece prazo de 15 dias, prorrogável por igual tempo, não definindo um prazo final para o encerramento da quebra do sigilo telefônico, com isso construindo uma ilogicidade na colheita da prova, uma vez que nunca se sabe ao certo quanto tempo pode durar uma interceptação até que se obtenha o objetivo almejado pela autoridade investigadora. Desse modo, acredita-se que não seria razoável que em períodos de normalidade uma interceptação possa ter duração por mais tempo de que 60 dias.

As jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça mais recente têm divergências sobre a possibilidade renovação da interceptação telefônica ser ou não quantas vezes forem necessárias, desde que fundamentada a necessidade de cada prorrogação.

Por fim, o objetivo aqui é colocar ao leitor em um ponto de reflexão, a cerca das decisões que nossos magistrados que têm feito nas várias instâncias das Cortes Nacionais, referentes à autorização e prorrogação da interceptação telefônica.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS

1.1 Das provas no Brasil e no mundo

Ao longo de toda a sua história, o Direito defronta-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas da obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a certa provação física (ou suplício) cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova.

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em uma valoração, o Direito, em geral, e mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução e a processualização da jurisdição no processo penal sempre ocupou a reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação de uma não bem definida segurança pública, ora com atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando passou esse a ocupar a posição de sujeito de direitos no processo e não de objeto do processo.

Contudo, para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com as quais e mediante os quais se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 324-325) o exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como da idoneidade e capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser precedido da identificação dos princípios e das regras gerais a eles aplicadas.

1. 2 Conceito e objetivo

No conceito de Edilson Mougenot Bonfim (2010, p. 335), a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.

Paulo Rangel (2010, p. 401) conceitua a prova como sendo principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos alegados pelas partes conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário das provas é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

Conforme doutrina do saudoso Professor Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 249):

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou da falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que considera de interesse para a decisão judicial ou a solução de um processo.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarence Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 120):

Toda pretensão pretende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual

se forma a convicção do juiz, a respeito da ocorrência ou inoccorrência de certos fatos.

Por outro lado, assevera Fernando Capez que (2010, p. 342):

No que toca a finalidade da prova, destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa. Ele também se refere a prova, como elemento mais importante de toda a nossa ciência processual. Já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem as provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto, conclui o autor.

1.3 Classificação das provas

Inúmeras têm sido as classificações de prova oferecidas pela doutrina e, em alguns países, pela lei. Quanto ao objeto a prova pode ser direta, quando por si demonstra o fato, quando dá a certeza deles por testemunhas, documentos, etc., ou indireta, quando comprovado um ou outro fato.

Na doutrina de Paulo Rangel (2010, p. 135), as provas se dividem em três critérios de classificações, que são:

a) Quanto ao objetivo

Prova Direta: será quando se referir ao próprio fato probando. Pois o fato é provado sem a necessidade de qualquer processo lógico de construção. É aquela que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. No crime de Homicídio, a testemunha presta depoimento sobre o que viu, ou seja, a morte da vítima em face da ação do agente. Nesse caso, o depoimento da testemunha meio de prova sobre o fato (objeto da prova) diretamente. O laudo de exame de corpo de delito também é prova direta do fato descrito na denúncia.

Prova Indireta: é a que não se dirige ao próprio fato probando, mas, por raciocínio que se desenvolve, se chega a ele. Há, na prova indireta, uma construção lógica através da qual se chega ao fato ou a circunstâncias que se quer provar. Casos típicos de prova indireta são os

b) Quanto ao sujeito

Prova Pessoal: é toda afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados. Assim, a testemunha que narra os fatos que assistiu e o laudo cadavérico assinado pelo perito são exemplos de provas pessoais, pois a afirmativa emana da pessoa.

Prova Real: é aquela originada por vestígios deixados pelo crime. Ou seja, é a prova encontrada na “res”, não necessariamente o objeto material do crime, mas, sim em qualquer coisa que tenha vestígios do crime. Assim, o ferimento na vítima; o arrombamento da fechadura no

furto; a roupa ensanguentada da vítima; o sangue na parede onde o fato ocorreu e a faca do crime são exemplos de prova real.

c) Quanto à forma

Prova testemunhal: é aquela feita por afirmação pessoal oral e, em alguns casos, expressamente previstos em lei, por escrito (cf. parágrafo, 1º do artigo 221 do CPP). No sentido genérico do termo, podemos dizer que são provas testemunhais as produzidas por testemunhas, pelo ofendido e a confissão do acusado.

Prova documental: é a prova produzida por afirmação escrita ou gravada. Exemplos são as cartas, a fotografia devidamente autenticada, a escritura pública e etc.

Prova material: é aquela consistente em qualquer materialidade que sirva de elemento de convicção sobre o fato probando. São elas, exames de corpo de delito, as perícias e os instrumentos utilizados pelo crime.

Prova Emprestada: como próprio nome está a indicar, prova emprestada é aquela colhida num processo e trasladada para outro. Ora é testemunho, ora uma confissão, uma perícia, um documento, enfim uma prova qualquer produzida em um processo e transferida para outro.

1.4 Prova ilícita

A busca da verdade real e sistema do livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam também a doutrina a concluir que não se esgotam nos artigos 150 a 250 do Código de Processo Penal os meios de prova permitidos na nossa legislação. A previsão legal não é, portanto, exaustiva, mas exemplificativa, sendo admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação. Entretanto, essa ampla liberdade de prova encontra limites além daqueles estabelecidos no art. 155 do Código de Processo Penal e em outros dispositivos da lei processual.

Quanto à problemática da ilicitude e a ilegitimidade das provas, merece maior exame. Há uma distinção doutrinária entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Enquanto aquelas, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarence Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 129), são obtidas com a violação das normas materiais, as ilegítimas são introduzidas no processo contra as determinações de normas processuais.

A Constituição Federal de 1988 extinguiu o discrimine entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Na verdade, dizendo o art. 5º, LVI, da Lei Maior serem, “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, isto é, conseguidas por meio da violação de normas de direito material e constitucional, evidente que as provas até então denominadas ilegítimas, como à interceptações telefônicas obtidas por meios criminosos, posto serem obtidas ilicitamente, inserem-se no rol das provas ilícitas.

Temos então que observar aqui na visão de alguns mestres no Processo Penal, o que seria prova ilícita, para que não seja confundida com prova ilegítima, conforme definições que se seguem muito diferente conforme entendimentos a seguir.

Na definição do Douto Aury Lopes Junior (2009, p. 577), prova ilícita e ilegítima se definem assim:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação a uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo, ex: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como são as declarações escritas e sem contraditório).

Prova ilícita: é aquela que viola o direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a esse (fora do processo). Em geral ocorre uma violação à intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal de sigilo bancário fiscal, etc).

Fernando Capez (2010, p. 345) define prova ilegítima e ilícita da seguinte maneira:

Prova ilegítima: quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Juri, com desobediência ao disposto no art. 479, *caput* (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008 (sigilo profissional) etc.

Prova ilícita: quando for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta às normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou

contravenção, as que violem as normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida por meio de tortura (Lei n. 9.455/1997), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (Código Penal, art. 150), a captação por meio de crime de interceptação telefônica (Lei 9.296/1996, art. 10) e assim por diante.

Por fim, conceitua com muita sabedoria o grande Jurista Guilherme de Sousa Nucci (2008, p. 389) “que a Lei n. 11.690/2008, modificando o conteúdo do art. 157 do Código de Processo Penal, fixou importantes balizas para o sistema de avaliação de provas ilícitas”.

Em primeiro lugar, tornou-se como gênero a expressão provas ilícitas, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação às normas constitucionais ou às legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (exemplo da confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (exemplo do laudo produzido por um só perito não oficial), constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos.

Finalmente, quando o juiz proferir decisão determinando o desentranhamento de prova ilícita, porque considerada inadmissível, passível de impugnação por apelação, preclusa a questão, é facultado às partes acompanhar o incidente para a sua destruição, segundo o art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal (NUCCI, 2008, p. 391).

2 HISTÓRIA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO BRASIL

2.1 Das provas no Brasil e no mundo

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, não havia a possibilidade de se efetivar a interceptação telefônica. A Constituição de 1969 dispunha acerca da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, havendo, portanto, vedação absoluta à quebra do sigilo nesses casos. Contudo, naquela época vigorava o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962), o qual preceituava, em seu inciso II, alínea e, não constituir violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Para alguns doutrinadores havia nítida incompatibilidade do mencionado dispositivo legal em face da Constituição Federal; para outros, no entanto, a Carta Magna não veiculava direito absoluto, de forma que era possível a interceptação telefônica.

Com o advento da Carta Magna de 1988, referida questão restou superada, uma vez que passou a admitir expressamente a violação das comunicações telefônicas. Anteriormente à Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia se orientado no sentido de que, enquanto a matéria não fosse regulamentada pelo legislador ordinário, deveria ser considerada inconstitucional toda e qualquer prova obtida por meio de escuta telefônica, ainda que autorizada pela justiça. É que de acordo com o art. 5º, XII, da Carta Política de 1988, o sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser quebrado quando presentes três requisitos: ordem judicial autorizadora; finalidade de colheita de evidências para instruir investigação criminal ou processo penal; e existência de lei prevendo as hipóteses em que a quebra será permitida.

Como não existia nenhuma lei antevendo os casos de violação do sigilo, juiz nenhum poderia autorizá-la.

A interpretação de que o art. 57, II, “e”, da Lei n. 4.117/1962 poderia funcionar como a tal lei reclamada pelo Texto Maior não vingou. Motivo: o art. 57 não previu qualquer hipótese de admissibilidade da interceptação. Logo, em nenhum caso o juiz poderia autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Com a entrada em vigor da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, cessou a discussão, pois o novo texto disciplinou a interceptação de conversas telefônicas.

Agora, o juiz pode autorizar a quebra do sigilo de ofício ou a requerimento do membro do Ministério Público ou da autoridade policial, mas somente quando presentes os seguintes requisitos: indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; não houver outro meio de produzir a mesma prova; e o fato for punido com pena de reclusão (CAPEZ, 2010, p. 356).

O Código Brasileiro de Telecomunicações (1962, p. 13) em seu art. 57 tinha seguinte redação:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

[...]

II- O conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Conforme análise do jurista Rogério Greco Filho (2008, p. 3-4), esse texto era questionado em face da Constituição então vigente, eis que esta garantia o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarita constitucional. Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações

com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significa a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves.

Desta forma, a Constituição Federal, no intuito de acabar com a polêmica instituiu ressalvas constantes no art. 5º, XII.

2.2 Requisitos constitucionais da interceptação telefônica

Os princípios que norteiam este estudo partem do art. 5º, XII, da Constituição Federal (2014, p. 03), que tem os seguintes dispositivos:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Constituição Federal impõe quatro sigilos que são: o da correspondência, das comunicações telegráficas, das comunicações de dados (informática) e por último das comunicações telefônicas.

Observa-se que, numa leitura seca do dispositivo em questão nos dá a impressão de que os três primeiros sigilos são absolutos e o quarto sigilo, o das comunicações telefônicas, numa visão puramente literal, aparenta ser relativo. Ocorre que, em nossa doutrina dominante, todos os sigilos mencionados são relativos, isso porque não existe direito fundamental absoluto.

O HC 70.814-SP (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1994, p. 16.649), com o relator, Ministro Celso de Melo, em que o Supremo Tribunal decidiu que a Administração Penitenciária por questões de segurança pública, pode, em casos

excepcionais, violar a correspondências dos presos. Isso quer dizer que o sigilo das correspondências não é absoluto. *Verbis*:

HC 70.814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136)

E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.

Mas o objeto principal do tema em questão é a violação do sigilo das comunicações telefônicas. Este sigilo é relativo por força do art. 5º, XII da Constituição Federal, porque o próprio artigo permite que as interceptações sejam utilizadas como provas, desde que preenchidos os três requisitos essenciais, os quais são: que a interceptação se dê nas hipóteses e na forma da lei; que seja utilizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e que esta se dê por ordem judicial, ou seja, será permitida a interceptação telefônica, mas com esses três requisitos constitucionais.

O primeiro requisito importante para a interceptação telefônica que seja feita nas hipóteses e na forma da lei. Só que o art. 5º, XII da Constituição de 1988 e a lei de interceptação telefônica a Lei n. 9296/1996, nesse intervalo os juízes e tribunais autorizavam a Interceptação com base no art. 57, II, “e”, do Código

Brasileiro de Telecomunicações, Lei n. 4.117/62. Só que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça consideraram ilícitas, todas as provas feitas antes da lei que regulamenta a interceptação de telefones, o que significa que todas as provas colhidas e autorizadas pelo art. 57 da lei de Telecomunicações são ilícitas.

Em decisão no HC 81.154-SP, julgado em 9 de maio de 1996 pelo Supremo Tribunal Federal (2001, p. 358), concluiu não estar o aludido dispositivo recepcionado, dependendo, pois, o texto constitucional de lei específica para tornar-se eficaz, de modo que a partir de 1988, por falta de regulamentação, e até a edição desta norma legal específica, não admitia interceptação em nenhum caso. Neste sentido, no REsp 225.450-RJ entendeu o Superior Tribunal de Justiça (2000, p. 569) que antes da Lei n. 9.296/1996 a interceptação telefônica é prova ilícita, *in verbis*:

HC 81.154/SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 02/10/2001

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJ 19-12-2001 PP-00004. EMENT VOL-02054-02 PP-00341

Parte(s)

PACTE.: JOIVALDO TROYSE BORGES DA SILVA

PACTE.: ETIVALDO FREIRE DA SILVA

PACTE.: SIDNEY OLIVEIRA LIMA

PACTE.: MURILO ALVES SILVA

IMPTE.: TIAGO PERES BARBOSA

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebrados sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida.

REsp 225.450/RJ

Relator: Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 15/02/2000, DJ 08/03/2000 p. 145, RSTJ vol. 141 p. 569.

Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO.

PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS. ESCUTA. LEI N.º 9.296/96. PROVA RESTANTE. EFEITO EXTENSIVO.

I - A escuta telefônica realizada antes da Lei n.º 9.296/96, ainda que calcada em ordem judicial, não estava juridicamente amparada, acarretando prova obtida por meio ilícito (Precedentes do Pretório Excelso).

II - Se o restante da prova foi considerado imprestável para uma condenação, correta a aplicação do efeito extensivo, ex vi art. 580 do CPP (Precedente do Pretório Excelso).

Recurso desprovido.

Por fim, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça decidiram que não havendo norma regulamentadora as provas feitas através de interceptação telefônica eram ilícitas, portanto não podendo ser utilizadas por nenhuma das partes envolvidas no processo penal.

Logo depois, quando criada a Lei n. 9.296/1996, lei esta que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal, cumpriu-se o primeiro requisito constitucional e, a partir daí, passou a ser constitucional a interceptação das conversas telefônicas.

O segundo requisito para que seja autorizada a interceptação telefônica é que ela seja para investigação criminal ou instrução processual penal, ou seja, nesse caso o juiz autoriza a interceptação telefônica sem que haja inquérito policial. Isso já está pacificado no entendimento do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, porque tanto o art. 5º, XII, da Constituição Federal, quanto o art. 1º, da Lei n. 9.296/1996, utilizam a expressão investigação criminal que já existe antes do inquérito instaurado.

O terceiro requisito é que a interceptação telefônica seja feita através de ordem judicial. Vejamos que o art. 5º, XII, da Constituição Federal exige ordem judicial para a autorização de interceptação telefônica, já o art. 1º da Lei n. 9.296/1996, exige ordem do juiz competente da ação principal, ou seja, para ação penal.

Vejamos o diz o art. 1º da Lei n. 9.296 (1996, p. 01):

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Conforme análise do texto legal, a interceptação telefônica é uma medida cautelar preparatória quando decretada na fase de investigação criminal, ou medida cautelar incidental, quando decretada na fase da ação penal.

Desse modo, conclui-se que a Constituição Federal fala em ordem do juiz competente; a Lei n. 9.296/1996 fala em ordem do juiz competente da ação principal, (ação penal). Isso significa que, em regra, não é qualquer juiz que pode autorizar interceptação. Só pode autorizar interceptação telefônica o juiz que irá julgar a ação penal que será proposta depois ou que já está em curso.

A problemática que surge neste terceiro requisito é a modificação de competência. Veja-se que já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, quando houver modificação de competência, interceptação autorizada pelo juiz que se supunha competente é lícita e válida no processo que tramitará no novo juízo competente. Exemplo dessa situação seria juiz estadual que autoriza interceptação para apuração de crime de tráfico de drogas local e durante as interceptações, descobre-se que o tráfico é transnacional e o processo é remetido para a Justiça Federal. Nesse caso, a interceptação autorizada

pelo juiz estadual será válida no Juízo Federal. Há julgado recente sobre o assunto que é o HC 128.006-PR, de 23 de fevereiro de 2010 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 2.031), *verbis*:

HABEAS CORPUS Nº 128.006 - RR (20090022325-8)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO: TÔNIA LÚCIA REGES DOURADO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

PACIENTE: AMADEUS PEREIRA SILVA

PACIENTE: DIVINO SOUZA MOREIRA

PACIENTE: EDINALDO SOUZA SANTOS

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA PELO JUÍZO ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FIRMADA POSTERIORMENTE, COM A DESCOBERTA DA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. WRIT DENEGADO.

1.Nos termos do art. 70 da Lei 11.343/06, praticado o crime de forma transnacional, firma-se a competência da Justiça Federal para o julgamento da Ação Penal.

2.Verificado, no curso da investigação e em razão da quebra de sigilo telefônico autorizada pela Justiça Estadual, que se trata de tráfico internacional de entorpecentes, e não de tráfico doméstico, como se imaginava inicialmente, afigura-se correta a declinação da competência à Justiça Federal.

3.A declinação da competência não tem o condão de invalidar a interceptação telefônica autorizada por Juízo que inicialmente se acreditava ser competente. Precedentes do STJ.

4.Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

A Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, com 12 artigos, foi publicada no dia seguinte, 25 de julho, tendo entrado em vigor nessa mesma data.

Seu objeto foi o de regulamentar o inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, norma acima tratada, que protege o sigilo das comunicações telefônicas, dentre outras. A doutrina de Fernando Capez (2012, p. 152-153) dispõe sobre os requisitos legais para a concessão da quebra do sigilo telefônico:

- a) Ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal: no caso de juízes de departamentos de inquéritos policiais, como o DIPO, em São Paulo, que atuam apenas antes do oferecimento da denúncia, com a função de relaxar ou manter prisões em flagrante, autorizar providências cautelares, como busca e apreensão domiciliar, decretação de prisão temporária ou preventiva etc., mas sem competência para julgar a causa, discute-se se poderiam conceder a autorização para a quebra do sigilo telefônico, dado que a lei usa a expressão “ordem do juiz competente da ação principal”, ao passo que esses juízes não julgam causa nenhuma.

Entende-se que nenhuma nulidade ocorrerá se a autorização provier de juiz competente para acompanhar apenas o inquérito policial, pois o que a lei pretendeu dizer foi “juízo”, e não juiz, com competência territorial e material para o julgamento da causa, de modo que esse juízo pode, em alguns casos ou comarcas, ser composto por um juiz preparador de inquéritos e outro julgador da causa. Quem estará autorizando nesse caso será o juízo com competência para a persecução penal, entendida como toda a fase desde o inquérito policial até o final do processo criminal. Também a favor de que nenhuma nulidade ocorrerá, para quem a expressa menção na lei de vinculação de competência do juiz da autorização como o juiz da ação principal vai suscitar a alegação de nulidade de atos praticados pelo juiz especializado, mas cremos que vai prevalecer, no caso, o entendimento da autonomia da lei estadual de organização judiciária em estabelecer a competência dos juízos no âmbito de sua justiça.

Nos termos do art. 3º, caput e incisos, a autorização poderá ser concedida de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público, seja durante a investigação policial ou instrução processual penal.

- b) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal: não se exige prova plena, sendo suficiente o juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*), sob o influxo do princípio *in dubio pro societate*. Havendo indicação provável de prática de crime, o juiz poderá autorizar.
- c) Que a infração penal seja crime punido com reclusão: questão interessante é a do crime de ameaça, punido com detenção, e tão comum por via telefônica. Não poderá ser concedida a autorização para a quebra do sigilo da comunicação. A solução é conceder a quebra para investigar não a ameaça, mas o crime mais grave que se ameaçou praticar.
- d) Que não exista outro meio de se produzir a prova: se existir outro meio, mas se ele for de extrema dificuldade de produção, na prática, a autorização poderá ser concedida.
- e) Que não se trate de processo ou procedimento extrapenal, por exemplo, relacionado à Vara da Família, uma vez que a autorização só é possível em questão criminal. Procedimento para a interceptação Pode ser determinada de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público.

O pedido ou a ordem, quando concedido *ex officio*, deverá descrever a situação com clareza, indicando e qualificando os investigados, salvo quando impossível, e demonstrar que a sua realização é necessária para a apuração da infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

O pedido deve ser, em regra, feito por escrito e, excepcionalmente, de modo verbal, caso em que será reduzido a termo. O juiz avaliará o pedido no prazo máximo de 24 horas, em decisão fundamentada, que indicará a forma de execução da diligência e o prazo para tanto, nunca superior a 15 dias, renovável uma única vez por igual período.

Cumprida a diligência, que poderá ser acompanhada pelo Ministério Público, a fita será transcrita, encaminhada ao juiz que a autorizou, juntamente com o auto circunstanciado, contendo o resumo das operações realizadas. A diligência correrá em autos apartados, apensados ao inquérito policial ou ao processo criminal, preservando-se o sigilo.

A gravação que não interessar à prova deverá ser inutilizada após decisão judicial, devendo esse procedimento ser determinado pelo juiz e acompanhado pelo Ministério Público (CAPEZ, 2012, p. 154).

De acordo com o art. 10 da Lei n. 9.296/96: Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, salvo na última parte (quebra de segredo da Justiça), em que o crime é próprio e somente pode ser praticado pelo funcionário público (investigador, delegado, juiz, promotor ou escrevente de cartório), admitindo-se a participação do particular (CAPEZ, 2012, p. 155).

2.3 Interceptação telefônica (em sentido estrito)

É a captação de conversa telefônica feita por um terceiro sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores da conversa.

Conforme doutrina de Guilherme de Sousa Nucci (2008, p. 794) a interceptação em sentido estrito é algo que significaria interromper, cortar ou impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem como significado de interferência, com o fito de colheita de informes.

2.3.1 Escuta telefônica

É a captação da conversa telefônica, feita por um terceiro, com a ciência de um dos interlocutores. A polícia costuma fazer escuta telefônica em casos de sequestro; a família da vítima geralmente consente nessa prática, obviamente sem o conhecimento do sequestrador do outro lado da linha.

A lei não disciplina a interceptação realizada por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores, também chamada escuta telefônica. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, em sua ilicitude, bem como a prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com justa causa para a gravação ou interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da

correspondência pelo destinatário, nos moldes do art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal (GRECO FILHO, 2008, p. 07).

Ainda para Vicente Greco Filho (2008, p. 08) “a lei não disciplina a interceptação realizada por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores”.

2.3.2 Gravação telefônica (clandestina)

É a captação da conversa feita por um dos interlocutores. Se a conversa não era reservada, nem proibida à captação por meio de gravador, por exemplo, nenhum problema haverá para aquela prova. Em contrapartida, se a conversação ou palestra era reservada, sua gravação, interceptação ou escuta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal), devendo ser aceita ou não de acordo com a proporcionalidade dos valores que se colocarem em questão.

As gravações clandestinas, em princípio, são ilegais, na medida e quando violarem o direito à privacidade e/ou à intimidade dos interlocutores, razão pela qual, como regra configuram provas obtidas ilicitamente, pelo que serão inadmissíveis no processo.

É o que ocorrerá em relação às gravações de conversas feitas por meio de gravadores, câmera de vídeo, ou por qualquer meio, sem a ciência de algum dos interlocutores, já que, ao menos em relação a ele, haverá clandestinidade na captação da comunicação e, assim, violação ao direito.

Note-se, nesse caso, uma relevante distinção o que é ilícito, na verdade, nem é a gravação sem o conhecimento do interlocutor. Sendo este o destinatário da

comunicação, a reprodução da fala, em princípio, não atingirá a intimidade ou privacidade do falante. Apenas quando a captação do som (gravação) for revelada a terceiros é que ocorrerá a violação do direito a privacidade (OLIVEIRA, 2011. p. 359).

Por fim, como gravação meramente clandestina, que não se confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação, sobretudo quando predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem gravou.

Sobre isso, o Supremo Tribunal Federal (2009, p. 507-515) no RE 402.717-PR, da 2ª Turma, de relatoria do Ministro César Peluso, julgado em 02 de fevereiro de 2008, já pacificou tal entendimento, que foi assim expresso:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

2.3.3 Interceptação, escuta e a gravação ambiental

A interceptação e gravação ambiental não constituem objeto da Lei n. 9.296/1996.

A interceptação ambiental é a captação da conversa entre dois ou mais interlocutores por um terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio (CAPEZ 2010, p. 362).

A escuta ambiental é essa mesma captação feita com o consentimento de um ou alguns interlocutores. A gravação é feita pelo próprio interlocutor.

Sobre interceptação e gravação ambiental, Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel (2014, p. 28) definem o seguinte:

A gravação telefônica e as captações ambientais envolvem, em regra, intimidade e privacidade, há necessidade de lei expressa regulamentando-as também. Sempre que haja lei expressa, está atendido o princípio da legalidade. Não havendo expressa previsão legal, pode-se falar em violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito a privacidade e intimidade (direitos, claro, só podem ser restringidos por lei).

2.3.4 Interceptação como prova emprestada

Argumenta-se que no art. 5º, XII, da Carta Magna, só se admite a interceptação para o processo penal, e daí não ser admitida no processo civil aquela prova ali produzida, mesmo se nos moldes da lei.

Tratando-se a parte contra a qual for utilizada a prova civil do mesmo réu no processo criminal, nenhuma objeção há que se fazer. Ora, a interceptação foi lícita, e, assim, não se vê motivo para a não admissão da prova (LIMA, 2008, p. 102).

De acordo com a Constituição Federal e a Lei n. 9.296/1996, a interceptação telefônica só pode ser decretada em investigação criminal ou em instrução processual penal, não pode ser decretada em processo civil, administrativo, tributário.

Mas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça admitem que a interceptação telefônica feita no âmbito criminal seja utilizada como prova emprestada em processo administrativo disciplinar contra os servidores interceptados na investigação ou no processo e contra outros servidores descobertos em razão da interceptação.

Para Guilherme de Sousa Nucci (2009, p. 809), nada impede a utilização da prova legalmente colhida em investigação criminal diversa, na mesma medida em que se tolera o empréstimo da interceptação para a esfera extra penal:

Não há ofensa ao princípio do *due proces of law*, do qual são corolários os princípios da ampla defesa e do contraditório, diante da juntada em apenso, por ordem judicial, aos autos da ação penal, de cópia da interceptação telefônica produzida através do inquérito policial em que se investigava a continuidade da prática criminosa imputada ao paciente e demais membros de quadrilha especialmente voltada a cometimento de crime de contrabando ou descaminho.

Observam as recentes decisões, conforme entendimento manifesto na Pet 3.683-MG do Supremo Tribunal Federal (2008, p. 265) e no Resp 1.190.244-RJ do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas.

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRERROGATIVA DE FORO. ARESTO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIA. APLICABILIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE.

1. A ausência de prequestionamento impede o exame da suposta ofensa aos arts. 57, I e XX; 259, IV, da LC 75/93. Aplicação da Súmula 282/STF.
2. No que concerne aos arts. 18, II, b, e 240, V, a, b e c, da LC 75/93, o recurso também não ultrapassa as barreiras da admissibilidade, pois a questão acerca da prerrogativa de foro foi apreciada com fundamento na Constituição Federal (art. 105, I, a, da CF). Por outro lado, a ausência de interposição de recurso extraordinário, quanto a esse ponto, torna sem utilidade o apelo especial, uma vez que a fundamentação com base na Constituição da República seria suficiente para manter a higidez do acórdão recorrido. Incidência da Súmula 126/STJ.
3. As questões apontadas pelo recorrente como omissas foram efetivamente enfrentadas pelo Tribunal a quo, não havendo violação do art. 535 do CPC.
4. A decisão que recebe a inicial da ação de improbidade deve conter fundamentação, ainda que de maneira concisa. Nessa fase processual, prevalece o princípio do in dubio pro societate, não se exigindo do magistrado uma cognição exauriente. Precedentes.
5. No caso, embora a decisão de Primeiro Grau não esteja minudentemente fundamentada, houve menção aos termos expostos na inicial, tendo ainda a matéria suscitada na manifestação preliminar sido submetida ao Tribunal por meio de agravo de instrumento. Com efeito, os obstáculos aduzidos pelo recorrente para o processamento do feito - a exemplo do foro por prerrogativa de função, da aplicabilidade da LIA, das provas obtidas por interceptação telefônica - foram rebatidos pelo Tribunal a quo, operando-se o efeito substitutivo sobre a decisão de piso. Nesse contexto, não houve prejuízo para a defesa, devendo prevalecer a instrumentalidade do processo.
6. A Lei 1.079/50 (arts. 40 e 40-A), que não admite interpretação extensiva, faz referência aos crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República e dos membros do Ministério Público da União no exercício de função de chefia nas respectivas unidades regionais e locais, o que significa que os demais membros do Parquet não enquadrados nos citados dispositivos estão exclusivamente submetidos à LIA.
7. Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF.
8. Em relação às provas obtidas por interceptação telefônica, não há ilegalidade na utilização desses elementos na ação de improbidade, quando resultarem de provas emprestadas de processos criminais. Matéria pacificada no STJ.
9. Recurso especial não provido.

2.4 Ordem do juiz competente para ação principal

A Constituição Federal exige ordem judicial, mas o art. 1º da Lei n. 9.296/1996 exige mais, tal como “ordem do juiz competente da ação principal”, sendo em comparação o art. 5º, XII, da Constituição Federal (2014, p. 03), o art. 1º

da Lei n. 9.296 (1996, p. 01) e a jurisprudência pronunciada no HC 83.632-SP do Superior Tribunal de Justiça (2010, p. 59), veja a seguir:

Art. 5º [...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual pena observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Processo HC 83632 / SP HABEAS CORPUS-2007/0120133-2

Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138)

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 19/08/2010

Data da Publicação/Fonte DJe 20/09/2010

Ementa: HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES

PREVISTOS NOS ARTIGOS 319 E 333 DO CÓDIGO PENAL, E 90, 94 E 95 DA LEI 8.666/1993. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. AUTORIZAÇÃO POR JUIZ INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO CÓDIGO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DESENTRANHAMENTO DA PROVA EM OUTRO INQUÉRITO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Nos termos do artigo 1º da Lei 9.296/1996, a competência para deferir a interceptação telefônica no curso do inquérito policial é do juiz competente para a ação principal.

2. Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a competência para autorizar a interceptação telefônica no curso das investigações deve ser analisada com cautela, pois pode ser que, inicialmente, o magistrado seja aparentemente competente e apenas no curso das investigações se verifique a sua incompetência.

3. Esta não é, contudo, a hipótese dos autos, em que o pedido de interceptação telefônica foi requerido pelo Ministério Público diretamente ao Juízo de Direito da Vara do Júri, Execuções Criminais

e Corregedoria da Polícia Judiciária, que deferiu a medida cautelar, a par de não possuir competência para tanto.

4. De acordo com as regras de competência previstas no Código de Processo Penal e no Código Judiciário do Estado de São Paulo, competiria a uma das Varas Criminais de Ribeirão Preto - que teria atribuição para julgar um futuro processo criminal decorrente das investigações - a apreciação do requerimento de interceptação de determinadas linhas telefônicas formulado pelo órgão ministerial.

5. Havendo quatro Varas Criminais com igual competência para processar e julgar eventual ação penal contra o paciente, o requerimento de interceptação telefônica deveria, consoante o artigo 75 do Código de Processo Penal, ter sido objeto de distribuição entre uma delas, o que não ocorreu, já que o pleito foi encaminhado ao Juiz Corregedor, titular da Vara do Júri e Execuções Criminais, em violação ao princípio do juiz natural.

6. A garantia do juiz competente não se restringe ao direito de ser processado e julgado por órgão previamente conhecido, também se aplicando às hipóteses de restrição de direitos fundamentais no curso do processo, notadamente as que pressupõem permissão judicial, como a busca e apreensão e a interceptação das comunicações telefônicas.

7. Concessão da ordem para declarar a nulidade das interceptações telefônicas e de toda a prova dela decorrente, determinando-se o seu desentranhamento dos autos.

2.4.1 Modificação de competência

Quando ocorre a modificação de competência, justamente em razão das interceptações, a interceptação decretada pelo juízo anterior poderá ser utilizada na nova instância.

Quando decretada na investigação como medida cautelar, a exigência de que seja feita pelo juiz da ação principal deve ser mitigada, relativizada, para não causar obstáculo à justiça.

2.5 Acesso dos autos de interceptação pelo advogado

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 164): “é evidente que será inconstitucional a interceptação telefônica entre o acusado e o defensor, pois a garantia do advogado impede tal medida”.

No entanto, se um advogado, por exemplo, estiver envolvido na atividade criminosa, a interceptação poderá ocorrer somente através de decisão judicial fundamentada.

O advogado não pode ter acesso às interceptações em andamento, mas pode ter acesso às interceptações já transcritas e juntadas aos autos da investigação, observa-se que o enunciado sumular 14, com efeito vinculado, do Supremo Tribunal Federal (2009, p. 01), assim descreve:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Impõe-se realçar, no entanto, que este segredo interno (para as partes, mais precisamente perante o investigado) só perdura durante a realização das interceptações das conversas. Uma vez constituída a prova (transcrita ou documentada de qualquer outra forma nos autos), deve ser levantado o segredo perante o investigado e seu advogado, mesmo porque, se ele deseja discutir em *habeas corpus*, por exemplo, esse meio probatório, só pode fazê-lo conhecendo o que foi captado. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 14.

2.6 Monitoramento por interceptação e prisão em flagrante

Por conta do monitoramento, é possível fazer o flagrante; isso se trata de flagrante esperado e é válido, não se trata de flagrante provocado. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a prisão em flagrante ocorrida em razão de monitoramento eletrônico é legítima, por configurar hipótese de flagrante esperado, não flagrante/preparado provocado.

Caracteriza-se a situação de flagrante provocado, quando a atividade policial provoca ou induz o agente ao cometimento do crime, não se confundindo com o chamado flagrante esperado como se dá na espécie em exame. Neste

sentido, segue o HC 126.231-RS do Superior Tribunal de Justiça (2010, p. 208):

HC 126.231/RS - HABEAS CORPUS 2009/0008788-2

Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 09/11/2010

Data da Publicação/Fonte DJ 22/11/2010

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA E PRORROGAÇÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. LEGALIDADE DA MEDIDA. INDISPENSABILIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ESCUTA REALIZADA FORA DO PERÍODO DE MONITORAMENTO. OCORRÊNCIA. DESENTRANHAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO COMO MEIO DE PROVA. NULIDADE DAS PROVAS SEGUINTE. NÃO VERIFICAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Hipótese em que as decisões de deferimento de interceptação telefônica e de prorrogação da medida encontram-se adequadamente fundamentadas, eis que proferidas em acolhimento às postulações da autoridade policial necessárias para a continuidade das investigações em curso voltadas para a apuração da prática do delito de tráfico de entorpecentes.

II. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações" (STF, RHC 88371/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 02/02/07).

III. In casu, o monitoramento foi deferido nos exatos termos da Lei 9.296/2006, uma vez que, havendo indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal em delito punível com pena de reclusão, foi determinado pela Juíza a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, que representou no sentido da necessidade da medida.

IV. Entendimento jurisprudencial no sentido de que a averiguação da indispensabilidade da medida como meio de prova não pode ser apreciada na via do habeas corpus, diante da necessidade de dilação probatória que se faria necessária.

V. Desnecessidade de transcrição integral dos diálogos gravados durante a quebra do sigilo telefônico. Precedentes.

VI. Dada a regularidade da medida, tem-se como legítimas as diligências advindas das interceptações telefônicas realizadas, quais sejam, a prisão em flagrante e a busca e apreensão, bem como de todo o procedimento criminal, a sentença condenatória e a prisão do réu, eis que embasados em elementos de prova idôneos.

VII. Verificada a realização de escuta em data não incluída no período de monitoramento autorizado, a mesma deve ser excluída e desconsiderada como meio de prova, o que não representa a nulidade das provas seguintes que não derivaram desta escuta em particular, mas do primeiro deferimento, proferido em consonância com as disposições legais.

VIII. Ordem parcialmente concedida.

Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. A conduta é praticada espontaneamente pelo agente e, havendo flagrante, a polícia deve realizar a prisão nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal, salvo quando a lei admite o retardamento.

2.7 Descoberta fortuita de novos crimes e novos envolvidos

Exige-se que no pedido de interceptação seja indicada a infração a ser investigada e as pessoas que serão investigadas. Se, porém, durante as interceptações forem descobertos novos crimes ou novos envolvidos, a interceptação poderá ser utilizada como prova, desde que haja relação com o delito objeto de investigação. Mesmo que o crime novo descoberto não tenha relação com aquele que foi objeto de interceptação, a interceptação poderá ser utilizada como prova, como notícia-crime.

2.8 Medida cabível contra o indeferimento da interceptação telefônica

Em tese, o recurso cabível contra indeferimento de interceptação telefônica, seria a apelação, com o fundamento no art. 593, II, do Código de Processo Penal (decisão com força de definitiva). Porém a urgência ditada pelo caso e a irreversibilidade da situação (destruição de material gravado) não recomendam à parte o uso do recurso de apelação, pois seria essa recebida somente no efeito devolutivo. Logo, parece cabível o Mandado de Segurança, que permite o juízo cautelar relativo à concessão de liminar, suspendendo, de pronto, a execução da medida, bem como é julgado em breve tempo. Além disso, há a vantagem de poder ser usado o *writ* mandamental, tanto pelas partes envolvidas no processo (ou

investigação), como pelo terceiro estranho ao crime, mas interessado na manutenção ou destruição do material colhido (NUCCI, 2009, p. 810).

Quando o Ministério Público estiver investigando poderá pedir interceptação, afinal pode ele pedir interceptação até nas investigações da polícia, percorra o julgamento do RHC 10.974-SP do Superior Tribunal de Justiça (2002, p. 273):

RHC 10.974/SP. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
2001/0003996-0

Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 26/02/2002

Data da Publicação/Fonte DJ 18/03/2002 p. 273 JBC vol. 47 p. 110

LEXSTJ vol. 156 p. 262 REVFOR vol. 367 p. 334 RSTJ vol. 158 p. 463.

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. PATROCÍNIO INFIEL. DENÚNCIA CALUNIOSA. QUADRILHA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO. DENÚNCIA. INÉPCIA. PROVAS ILÍCITAS. NULIDADE.

I – A prática diretamente de atos investigatórios isolados por membro do Ministério Público, tais como a oitiva de testemunhas ou pedido de interceptação telefônica ao juízo, não gera, por si só, nulidade da ação penal.

II – Se a exordial acusatória apresenta narrativa que se ajusta ao modelo típico de conduta proibida, não há como reconhecê-la como inepta.

III – Conquanto não se admitam, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, assim como as delas derivadas, não se tem como nulo o processo se não restou caracterizado um nexo de desdobramento entre a prova ilícita e o oferecimento da denúncia, mormente se há outros elementos probatórios, obtidos lícitamente, que podem, em tese, dar sustentação ao decreto condenatório. Recurso desprovido.

Se a ilicitude da prova não foi arguida na instância inferior ela não pode ser apreciada pela superior, sob pena de supressão de instância.

3 PRAZO PARA A PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Embora o art. 5º da Lei n. 9.296/1996 estabeleça o prazo máximo de quinze dias, prorrogável por igual tempo, a jurisprudência praticamente sepultou essa limitação. Vale lembrar que a prorrogação será determinada pelo juiz competente e mediante decisão devidamente motivada. Do contrário, configura-se quebra das formalidades indispensáveis à validade da prova, gerando ilicitude.

De rigor anotar que a interceptação telefônica só pode ser efetuada por tempo determinado. Não pode exceder o prazo de quinze dias, mas renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A lei não especificou quantas vezes o prazo pode ser renovado. Daí o debate doutrinário questionando, se pode ser renovável uma única vez ou se a indefinição temporal permite sucessivas renovações. Existem diversas decisões dos Tribunais Superiores reconhecendo a possibilidade de indefinição temporal.

Mas, já existe decisão que cessou a prorrogação indefinida da interceptação, baseada no excesso de prazo e na falta da indispensabilidade do meio de prova (BARROS, 2010. 189). Ademais, o art. da Lei n. 9.296 (1996, p. 03) assim dispõe:

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual período uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Vê-se que uma interpretação literal desse dispositivo nos leva à seguinte conclusão: “o prazo máximo de interceptação no Brasil é de 30 dias”, ou seja, 15 dias renováveis por mais 15 dias. Mas, a realidade não é essa. O que se vê na

prática, são interceptações telefônicas com, 40, 60, 90 dias, e, há julgado recente que durou até 660 dias, praticamente 2 anos.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça mais recente diz que essa renovação de 15 dias deve acontecer quantas vezes quantas forem necessárias para as investigações, desde que fundamentadas a necessidade de cada prorrogação.

Nesse sentido, em julgado mais recente HC 116.374-DF, da 5ª turma, julgado de 15 de dezembro de 2009, da Superior Tribunal de Justiça (2009, p. 6.342) assim se posiciona:

HC 116.374/DF-HABEAS CORPUS 2008/0211423-6

Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 15/12/2009

Data da Publicação/Fonte DJ 01/02/2010

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LATROCÍNIO, NA FORMA TENTADA. NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/06. NÃO-OCORRÊNCIA. CRIMES CONEXOS. ADOÇÃO DO RITO ORDINÁRIO. MAIOR AMPLITUDE DE DEFESA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. RENOVAÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem decidido que, nas hipóteses de conexão dos crimes previstos na Lei 11.343/06 com outros cujo rito previsto é o ordinário, este deve prevalecer, porquanto, sob perspectiva global, ele é o que permite o melhor exercício da ampla defesa.

2. A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado motivadamente pelo Juízo sentenciante, considerando os relatórios apresentados pela polícia. Precedentes do STJ e STF.

3. No processo penal pátrio, no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal e o enunciado sumular 523 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem denegada.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão

Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. SUSTENTOU ORALMENTE: DR. EDMUNDO SANTIAGO CHAGAS (P/ PACT).

É por isso que, na prática, as interceptações telefônicas permanecem por um ano, dois anos ou até mais, dependendo do tipo de investigação.

Impõe-se buscar uma interpretação que se coadune com a Constituição Federal. As duas correntes expostas são extremadas. O meio termo foi encontrado, Pensa-se na histórica decisão do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Nilson Naves, HC 76.686-PR. Na primeira decisão do mencionado HC, a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, anulou quase 2 anos de interceptações telefônicas no curso das investigações feitas pela Polícia Federal contra o Grupo S. do Paraná. A decisão é inédita no Superior Tribunal de Justiça. Até então o tribunal tinha apenas precedentes segundo os quais é possível prorrogar a interceptação tantas vezes quantas forem necessárias, desde que fundamentas. Veja a decisão do HC 76.686-PR do Superior Tribunal de Justiça (2008, p. 11.431):

HC 76.686/PR-HABEAS CORPUS 2007/0026405-6

Relator(a) Ministro NILSON NAVES (361)

Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento 09/09/2008

Data da Publicação/Fonte DJ 10/11/2008

Ementa:Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".
2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".
3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.
4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, que acompanhou a relatoria, seguido pelos votos das Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.”

Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel (2014, p. 168) relatam que o Ministro, apesar de assentar a relatividade do sigilo das comunicações telefônicas, fundamentou seu voto em quatro pontos principais:

- 1) o legislador, neste artigo 5º, da lei em tese, utilizou a expressão no singular – “renovável por igual tempo”- para demonstrar que não são possíveis sucessivas renovações. Caso quisesse autorizar sucessivas prorrogações, o legislador teria usado a expressão no plural;
- 2) se a lei mencionar 15 dias e se o sigilo não é absoluto, surge um conflito entre normas de inspirações ideológicas distintas. E esse conflito entre tais normas deve ser resolvido em favor da liberdade, mesmo porque normas que restringem direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente;
- 3) Se o prazo máximo não é o de trinta dias (embora isso seja previsto na lei), que seja sessenta dias no Estado de Defesa (Constituição, art. 136, § 2º). Em situações extremas, que esse prazo (além de 60 dias) seja razoável, desde que exaustivamente fundamentada;
- 4) houve, no caso, violação do princípio da razoabilidade (não é razoável uma interceptação perdurar durante 2 anos).

Fundamentado o inteiro teor da decisão, a turma destaca em seus argumentos, ser ilícita a interceptação que durou 02 anos.

Na primeira argumentação, disse que as normas restritivas de direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente para restringir o mínimo atingido do direito fundamental.

Já a segunda argumentação mencionou que se fosse intensão do legislador permitir sucessivas renovações, teria utilizado expressões no plural “renovável por iguais períodos”, isso porque no art. 5º da Lei n. 9.296/1996 o legislador usa a expressão no singular, “renovável por igual tempo”.

Na terceira argumentação, a turma relatou que a Constituição Federal durante o Estado de Defesa, só permite restrições ao sigilo, das comunicações telefônicas pelo prazo máximo de 60 dias (art. 136, § 1º, “c” e § 2º, da Constituição Federal). Portanto, não é razoável que em períodos de normalidade, uma interceptação telefônica dure por muito mais tempo do que 60 dias.

Na quarta e última argumentação referiu que houve no caso, violação do princípio da razoabilidade, porque não é razoável manter-se uma interceptação telefônica durante 2 anos, já que a interceptação telefônica não deve ser utilizada para se descobrir eventualmente crimes, esta deve ser utilizada para colher provas sobre crimes dos quais já há indícios suficientes de sua existência. O legislador não pode admitir que alguém seja interceptado na expectativa de que esta pessoa um dia seja flagrada cometendo algum crime. A interceptação telefônica deve ser utilizada quando existe algum indício de crime e não para a investigação, é meio de captação de prova e não de descoberta eventual de crimes.

Sobre o último argumento, Luiz Roberto Barroso (2009, p. 251) diz que o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *Law of the land*, inscrita na Magna Carta, de 1215, documento

que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se dá por meio das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. A cláusula do *due Process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos (BARROSO, 2009, p. 252-253).

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.

Para Pedro Lenza (2012, p. 159), trata-se princípio extremamente importante, especialmente na colisão entre valores constitucionais. Como parâmetro, destaca-se a necessidade de três importantes elementos:

Necessidade: por alguns, denominado exigibilidade. A adoção de medida que possa restringir direitos só é legítima se indispensável se indispensável para o caso concreto e não puder substituí-la por outra menos gravosa;

Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionais. Pode-se falar na máxima efetividade e na mínima restrição.

3.1 Transcrição da interceptação telefônica

Na visão do mestre Guilherme de Sousa Nucci (2009, p. 804), a lei está invertida nos seus propósitos. A gravação deveria ser obrigatória – ao menos para valer como prova – e a transcrição, facultativa. De acordo com o doutrinador, como providenciar transcrição de horas e horas de conversação? Torna-se um trabalho hercúleo, por vezes, inútil, até pelo fato de ser mais interessante às partes e ao julgador ouvir efetivamente o diálogo travado pelos interlocutores interceptados.

Nesse sentido, há precedente jurisprudencial autorizando não haver transcrição obrigatória de todo o material, conforme o HC 91.207-MC-RJ, do Supremo Tribunal Federal (2007, p. 1.155):

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. OFENSA REFLEXA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS JUDICIALMENTE AUTORIZADAS. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Este Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo a quo, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. II - No julgamento do HC 91.207-MC/RJ, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida. III - Impossibilidade de reexame do conjunto fático probatório. Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido.

3.2 Transcrição das interceptações

O art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.296 (1996, p. 04) acerca da transcrição das interceptações dispõe que “no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição”.

Fez bem o legislador em prever que a gravação será feita somente quando “possível”. Muitas vezes, não há possibilidade, por razões técnicas. A gravação é resultado de uma operação técnica (captação da comunicação). Mais precisamente, é a documentação da fonte de prova. Fonte de prova é a comunicação. A gravação atesta a existência dessa fonte, mas não é, por si só meio de prova. O meio de prova (documental) é a transcrição, porque é ela que fixa a prova em juízo. Não é o único, no entanto: pode-se fixar em juízo a interceptação por meio de prova testemunhal, isto é, a oitiva de quem fez a interceptação (GOMES; MACIEL, 2014, p. 174).

Questão polêmica é quanto à extensão da transcrição: é necessária a transcrição de toda a conversa gravada ou apenas de parte dela? De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não precisa ser total. Pode se parcial.

Tal matéria foi discutida no HC-MC 91.207-RJ do Supremo Tribunal Federal (2007, p. 20). E a Suprema Corte entendeu que deve bastar apenas os trechos necessários para embasar a propositura da denúncia.

EMENTA: HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): INOCORRÊNCIA: LIMINAR INDEFERIDA.

1. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República).

2. Liminar indeferida.

3.3 Crime da lei de interceptação telefônica

Como o objetivo de sancionar a violação do sigilo das comunicações telefônicas, o art. 10 da Lei n. 9.296 (1996, p. 07) de interceptação institui crime assim redigido:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Rogério Grego Filho (2008, p. 61) assim define as condutas delituosas do crime em tela:

Para o mestre, na verdade, dois são os crimes previstos no dispositivo: realizar interceptações indevidamente e quebrar o segredo de justiça. Os momentos de sua possível ocorrência são diferentes, os agentes, em princípio, serão diferentes, de modo que serão tratados aqui, separadamente.

A primeira conduta exposta no art. 10 da Lei n. 9.296/1996 é realizar interceptações de comunicações telefônicas, de informática e telemática.

Como já foi dito no decorrer deste estudo, a interceptação telefônica é a violação feita por terceiro em face de dois interlocutores, não se aplicando, pois, à conduta unilateral de um deles. O crime consuma-se com o ato de se interceptar, ou seja, intervir, imiscuir-se, ingressar em, independentemente de a conversa vir a ser gravada. Em tese, admite-se tentativa (quando não consegue realizar a interceptação por razões alheias a sua vontade. Exemplo é o caso de indivíduo que é preso em cima de um poste). Não se trata de crime próprio. Qualquer pessoa pode cometê-lo.

Já a segunda conduta mencionada no art. 10 da Lei n. 9.296/1996 é quebrar segredo de justiça.

Trata-se por interpretação sistemática, de quebra do segredo instituído pela própria lei, ou seja, o relativo ao procedimento de interceptação telefônica, não se referindo aos demais casos de segredo de justiça, que podem ocorrer no processo penal e no processo civil. Para estes, a violação mantém-se rígida, pelo crime do art. 325 do Código Penal.

O crime de quebra de segredo de justiça é crime funcional, crime próprio, em que o sujeito ativo é funcionário público (no sentido amplo do art. 327 do Código

Penal) que se vincula, de qualquer maneira, ao procedimento da interceptação (autoridade policial e seus agentes, membro do Ministério Público e juiz, funcionários de cartório e etc.). Ao acusado ou seu defensor não se aplica o dispositivo porque não têm o dever jurídico de preservar o segredo de justiça. O defensor pode, eventualmente, incidir em violação de sigilo profissional.

A infração se consuma com a revelação do conteúdo do procedimento de interceptação ou com a consciente concordância em que terceiro tome dele conhecimento. Em tese admite a tentativa, a co-autoria e a participação. O crime é doloso, comportando também o dolo eventual.

CONCLUSÃO

O instituto da interceptação telefônica está hoje inserido na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XII, e na Lei n. 9296/1996, que passou a regulamentar o dispositivo constitucional.

Antes da Constituição de 1988, havia muitas discussões sobre a possibilidade ou não de se fazer à interceptação telefônica, já que a Constituição de 1969 falava do sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas e telegráficas, sem nenhuma ressalva, portanto, havendo vedação absoluta à quebra do sigilo telefônico.

Ocorre que na época em que vigorava a constituição 1969, já estava inserida nas normas legais brasileiras a Lei n. 4.117/1992 (Código Brasileiro de Telecomunicações), o qual acentuava em seu artigo 57, inciso II, não violar às telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente, mediante a requisição ou intimação deste.

Para alguns doutrinadores havia nítida incompatibilidade deste dispositivo com a Constituição Federal. Para outros, a Constituição não veiculava direito absoluto de forma que era possível a interceptação telefônica.

Com o advento da Constituição de 1988, esta questão passou a ser superada, uma vez que no próprio texto da Carta havia expressamente a autorização para tal medida de violação das comunicações telefônicas. É que de acordo com o artigo 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, o sigilo das comunicações telefônicas somente pode ser quebrado quando presentes três requisitos, quais sejam: 1) ordem judicial autorizando 2) a finalidade de colheita de

evidências para instruir investigação criminal ou instrução processual penal e 3) a existência de lei prevendo a hipóteses em que será permitida.

No decorrer do tema estudado vê-se que a interceptação telefônica, num sentido técnico, que pode ser lícita, ou ilícita e consiste no ato de captar ou gravar a conversa de duas ou mais pessoas, sem o conhecimento ou consentimento daquelas que estão sendo gravadas.

Sobre os requisitos, fala-se que a interceptação telefônica só pode ser feita nas hipóteses e na forma que a lei permitir, que seja feita para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e que seja feita somente por ordem judicial.

Ressalte-se que durante o tema em tela, várias são as jurisprudências que concordam ou divergem com este instituto de violação de sigilo. Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal concordam que a interceptação telefônica pode servir de prova emprestada, e a Súmula Vinculante n. 14 autoriza o advogado o acesso as interceptações realizadas. O Supremo Tribunal Federal decidiu que não é flagrante provocado, e sim esperado para o caso de prisão em flagrante feita com a interceptação telefônica.

É importante mencionar que a medida cabível contra o indeferimento da interceptação telefônica é o Mandado de Segurança, e que para o deferimento é o Habeas Corpus.

Portanto, pode-se dizer que as interceptações telefônicas poderão ser lícitas quando obedecer aos requisitos legais e ilícitas quando violados alguns preceitos.

Mas não podemos deixar de observar ao longo deste trabalho que entre as várias formas de interceptação telefônica, existe uma no texto em questão que observamos que toca em dois pontos, ou seja, um princípio e um direito.

Sobre o prazo da interceptação telefônica, conforme jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nota-se uma certa discordância, pois a Lei n. 9.296/1996 fala em prazo de quinze dias, prorrogável por igual tempo, ou seja, de rigor, há, de alguma forma determinação de tempo final para a violação do sigilo. A lei não especifica quantas vezes o prazo deve ser renovado. Daí surgem os debates doutrinários, se pode ser renovado uma vez ou por prazo indefinido, o que permitiria, neste caso de indefinição do tempo, caracterizando assim a perpetuação da violação ao sigilo. Ressalte-se que a Constituição Federal, durante o Estado de Defesa, só permite restrições ao sigilo das comunicações telefônicas pelo prazo máximo de 60 dias, (art. 136, § 1º, “c” e § 2º), impossibilitando assim a aplicação do princípio da razoabilidade.

Sugere-se então a seguinte pergunta: Qual seria o prazo razoável para a violação de um sigilo telefônico? O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a interceptação telefônica deve ter sua prorrogação quantas vezes forem necessárias para a elucidação dos fatos desde que obedecido os requisitos legais e o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se de forma diferente, colocando em questão a própria constituição em seu art. 136, que fala do Estado de Defesa, se posicionando do sentido de que 60 dias é um prazo razoável.

A lei atual, como vimos, prevê o prazo de 30 dias (15 mais 15). Quando uma interceptação se alonga exageradamente no tempo (sem fundamentação exaustiva justificadora das renovações), ela se transforma-se em interceptação de prospecção, ou seja, deixa tudo correr para saber se seu sujeito inerceptado está

praticando algum delito. A interceptação não foi idealizada para isso, e sim para comprovar a autoria ou a materialidade de um delito que já conta com indícios probatórios. Constatada que a interceptação transformou-se numa prospecção, sua ilicitude será evidente.

Retorna-se então, ao Princípio da Proporcionalidade. A renovação, pela lei, só pode ocorrer uma vez. Fora disso, somente quando houver justificativa exaustiva do excesso e quando a medida for absolutamente indispensável, demonstrando-se, em cada renovação, essa indispensabilidade. Dessa forma justificando-se exaustivamente o porquê excesso de prazo a prova ganha validade, mas esse excesso não pode ofender a razoabilidade. Uma vez cessada do necessidade, a medida se transforma em interceptação por prospecção, que deverá ser sancionada com a declaração de ilicitude.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Lei n. 9.296, de 24.7.1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Dou de 25.7.1996.

_____. Lei n. 41.117, de 27.8.1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Dou de 17.8.1962.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Legislação Penal Simplificada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO FILHO, Rogério. *Interceptação Telefônica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Volume II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Leis penais e processuais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual do Processo e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 1.190.244-RJ. Ementa: [...]. Relator: Castro Meira, Brasília, DF, 05 mai. 2011, DJ de 12.05.2011.

_____. 6ª turma. HC 76.686-PR. Ementa: [...]. Relator: Nilson Naves. Brasília, DF, 09 set. 2008. DJ de 10.11.2008.

_____. 5ª turma. HC 83.632-SP. Ementa: [...]. Relator: Jorge Mussi (1138), Brasília, DF, 19 ago. 2010. DJ de 20.09.2010.

_____. 5ª turma. HC 116.374-DF. Ementa: [...]. Relator Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 15 dez. 2009. DJ 01.02.2010.

_____. 5ª turma. HC 126.231- RS. Ementa: [...]. Relator Gilson Dipp, Brasília, DF, 09 nov. 2010. DJ de 22.11.2010.

_____. 5ª turma. HC nº 128.006- RR. Ementa: [...]. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 11 fev. 2009. DJ de 12.04.2010.

_____. 5ª turma. REsp. 225.450-RJ. Ementa: [...]. Relator: Felix Fischer. Brasília, DF, 15 fev. 2000. DJ de 08.03.2000.

_____. 5ª turma. RHC 10.974-SP. Ementa: [...]. Relator: Felix Fischer. Brasília, DF, 26 fev. 2002. DJ de 18.03.2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª turma. HC 70.814-SP. Ementa [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 1º mar. 94. DJ de 24.06.1994.

_____. 2ª turma. HC 81.154-SP. Ementa: [...]. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, 02 out. 2001. DJ de 19.12.2001.

_____. 2ª turma. RE 402.717-PR. Relator: cezar Peluso, Brasília, DF, 02 jun. 2008. DJ de 12.02.2009.

_____. Tribunal Pleno. Súmula Vinculante n. 14. Ementa: [...] Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 02 dez. 2009. DJ de 11.12.2009, p. 01.

_____. Tribunal Pleno. HC-MC 91.207-RJ. Ementa: [...]. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 jun. 2007. DJ de 21.09.2007.

_____. Tribunal Pleno. Pet 3.683-MG. Segredo de Justiça. Ementa: [...]. Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 13 ago 2008. DJ de 19.02.2009.